

DERECHO A ALGO: *LOS DERECHOS POSITIVOS COMO PARTICIPACIONES EN EL BIEN COMÚN*

por Lorenzo Peña

Centro de Ciencias Humanas y Sociales (CCHS). CSIC. Madrid

Publ. en *Doxa*, Nº 30, pp. 293-317. (Universidad de Alicante, 2007) ISSN 0214-8676.

Sumario

00. Introducción
01. Derechos de bienestar y lógica jurídica
02. Derechos con contenido indeterminado
03. Las obligaciones ajenas de acción y prestación
04. El énfasis en las obligaciones positivas de dar y de hacer
05. El estatismo
06. Refutación del argumento libertario
07. ¿Hay alguna vía jurisdiccional para hacer respetar los derechos positivos?
08. El bien común, fundamento de los derechos positivos
09. Conciliar el valor de la justicia con el de la eficiencia
10. El derecho a prosperar
11. Compatibilidad de los derechos positivos con la propiedad privada
12. Gradualismo. Cambios paulatinos
13. Si tenemos derecho a algo, algo nos tienen que dar
14. Consideraciones finales.

§0. Introducción

Característica del Estado del bienestar, la implementación de los derechos de bienestar viene actualmente zarandeada por duras críticas, desde una pluralidad de enfoques. Frente a tales impugnaciones, voy a proponer en este artículo un tratamiento de los derechos positivos como participaciones en el bien común. Este trabajo constituye, en buena medida, una reelaboración de la línea argumentativa de otro anterior, «La fundamentación jurídico-filosófica de los derechos de bienestar».¹

§1. Derechos de bienestar y lógica jurídica

A diferencia de otros tratamientos, el que voy a ofrecer aquí estriba en articular la postulación de los derechos mediante la lógica jurídica. ¿Qué lógica jurídica? Una que podemos llamar 'lógica jurídica'² y que —a diferencia de la lógica jurídica estándar—³ no se basa en

¹. Incluido en el volumen colectivo: *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones*, de Lorenzo Peña y Txetxu Ausín (con la colaboración de Antonio-Enrique Pérez Luño, José Martínez de Pisón, Roque Carrión, José Manuel Delgado-Ocando, Jesús Patiño y Caroline Guibet Lafaye), México/Madrid: Plaza y Valdés, 2006 (monografía de *Theoria cum praxi*), ISBN 10: 84-934395-5-X; ISBN 13: 978-84-934395-5-2.

². Alternativamente la he denominado 'lógica jurídica romana'; perfilada en 1995, vino afianzada al reflexionar, en 1997-98, sobre las inferencias que parecen estar operativas en los razonamientos atribuidos a los jurisconsultos romanos. Sin embargo, sería totalmente erróneo creer que la lógica jurídica se aplica más al derecho romano mientras que la estándar valdría para los ordenamientos de corte germánico. Otra denominación válida para esta lógica es la de 'lógica de las situaciones jurídicas'.

³. A la que podemos denominar 'lógica germánica o nórdica', ya que la han representado autores como G. Henrik von Wright, Georges Kalinowski, Nicholas Rescher, Risto Hilpinen, Stig Kanger, a la mayoría de los cuales podemos —de algún modo— subsumir bajo ese apelativo.

principios a priori, adaptados de la lógica modal, sino en leyes inducidas de la propia praxis del razonamiento jurídico. Voy a recapitular aquí las seis principales de tales leyes deónticas (o meta-normas):

- Ley de no-vulneración (o *interdictio prohibendi*): en la medida en que sea lícita una acción u omisión, está prohibido a otros estorbarla o impedirla (contra la voluntad del agente u omitente).
- Ley de aplicación: si es preceptivo, en tanto en cuanto se cumpla un determinado supuesto de hecho, abstenerse de una conducta, entonces, dándose efectivamente ese supuesto de hecho, tal conducta estará prohibida.⁴
- Ley de co-licitud: *quicquid licet singillatim licet coniunctim*: dos conductas separadamente lícitas también lo son conjuntamente.
- Ley de permisión: O bien una conducta está demostrablemente prohibida por el ordenamiento jurídico, o bien ha de presumirse jurídicamente lícita.
- Ley del efecto ilícito: lo que cause un efecto prohibido está también prohibido.
- Ley de equivalencia: si dos conductas son necesariamente equivalentes, la una será tan obligatoria como lo sea la otra.⁵

Manejando esa lógica judicial, nuestro trabajo se opone a la proliferación de múltiples situaciones jurídicas mutuamente irreducibles, como las que se han puesto de moda bajo la influencia tardía de Wesley N. Hohfeld.⁶ Para éste, un derecho (en sentido propio) no sería meramente la licitud de algo o la no-obligación de la negación de ese algo, sino el correlativo de un deber ajeno. La mera licitud, o no-prohibición, sería, en cambio, un simple privilegio.

¿Tiene fundamento esa dicotomía? No lo parece, si admitimos que cualquier acción u omisión lícita es tal que los demás tienen prohibido obstaculizarla o imposibilitarla —como nos dice que lo hagamos la ley de no-vulneración.

Esa ley no está exenta de problemas, cuya solución lleva a introducir una noción normativa de impedimento, que delimite las interferencias lícitas de las ilícitas. La noción de impedimento jurídicamente pertinente se va perfilando en la conciencia jurídica, sobre la base, ciertamente, de nexos reales —de carácter ontológico, biológico y sociológico— pero cuya

⁴. Otra formulación alternativa (aunque inexacta): dado un deber condicional y cumplida la condición, ese deber pasa a ser incondicionado. Notemos que vale un principio simétrico para la licitud: Si es lícito, en tanto en cuanto se dé un supuesto de hecho, efectuar tal conducta, entonces, dado ese supuesto de hecho, la conducta en cuestión es lícita; o sea: los derechos condicionales se convierten en incondicionados una vez cumplida la condición. Todo eso puede parecer obvio, pero es absolutamente incompatible con la lógica deóntica estándar, en la cual añadir cualquiera de esos dos principios llevaría a la conclusión de que todo lo que sucede está permitido. (La prueba se deja como ejercicio al lector; apunte: primero se prueba en una de esas lógicas que es obligatorio que A implique A —para cualquier «A»—; a partir de ahí, el principio de aplicación, en cualquiera de sus versiones, permite extraer la conclusión de marras.)

⁵. Una presentación un poco diferente de esta lógica judicial está en el art. de Txetxu Ausín y Lorenzo Peña «La deducción normativa», *Doxa*, vol 23 (2001), pp. 465-81.

⁶. Wesley N. Hohfeld, *Fundamental Legal Concepts as Applied in Judicial Reasoning*, New Haven: Yale University Press, 1919.

relevancia normativa pasa por el filtro de la *opinio iuris*.⁷ Por otro lado, el ordenamiento jurídico, al autorizar expresamente una conducta, exonera —en esa medida— a quien la efectúe de la prohibición que pudiera recaer sobre la misma en virtud de la existencia de derechos ajenos más la ley de no-vulneración. Tal exoneración puede ser meramente parcial, colisionando con el desvalor jurídicamente reconocido de la conducta en cuestión; cualquier ordenamiento jurídico real está plagado de contradicciones. (Por eso lo estudiamos con una lógica gradualista paraconsistente.)

Nuestro trabajo se basa en el gradualismo, y concretamente en la noción de grados de licitud; por ello, las acciones u omisiones impeditivas ajenas pueden caer más o menos bajo la prohibición según vengan a constituir, en mayor o en menor medida, estorbos que hagan violencia a la voluntad propia. El umbral de autorización de los estorbos puede variar según diversos parámetros (y, además, va evolucionando con el progreso de las ideas jurídicas).

Con tal economía de conceptos, podemos perfilar una teoría de los derechos positivos. Un derecho positivo es la licitud de una acción con contenido indeterminado, o sea con un contenido que podemos describir con un cuantificador existencial; o, lo que es lo mismo, con una locución que comporte el artículo indeterminado, ‘un/una’, o el adjetivo indefinido ‘algún/alguna’, en singular o en plural: ingerir un alimento; desempeñar un trabajo; vivir en una morada; desplazarnos en algún medio de transporte; beneficiarnos de un aprendizaje; adquirir unos conocimientos; disfrutar de un cuidado de nuestra salud; gozar de unas distracciones —o sea todas las necesidades esenciales de la vida humana. (Derechos al sustento, a la movilidad, al trabajo, al descanso, al albergue, al estudio, a la información, a la atención médica, a la diversión.)

Un derecho positivo nuestro no es, en sí, una reclamación, una pretensión de que nos den o nos hagan tal o cual cosa. El derecho a poseer un hogar no es una reclamación de que se nos asigne un sitio habitable en el que podamos morar —aunque sí lo acarrea por la mencionada ley lógico-jurídica—. Un derecho positivo es, sencillamente, eso: la licitud de una situación fáctica susceptible de descripción indeterminada (en este caso la de morar en algún lugar habitable).

Cualquier situación fáctica de contenido indeterminado sería impedida por ciertas acciones u omisiones ajenas, aquellas que constituyeran estorbos que, contra nuestra voluntad, nos impidieran la realización de esa situación —dejando así insatisfechas esas necesidades. ¿Cuáles son esas conductas ajenas que ilícitamente frustrarían la satisfacción de nuestras necesidades?

Esas conductas impeditivas pueden ser no sólo pasivas (omisiones), sino también activas (acciones). Eso hay que señalarlo para disipar un equívoco. Y es que el respeto a los derechos que estamos considerando no implica sólo obligaciones ajenas de dar o hacer (que generan nuestras justas demandas de acciones y prestaciones ajenas), sino también obligaciones de no-hacer.

Quebrantaría el derecho al sustento privar a alguien de su comida; vulneraría el derecho a la vivienda despojar de su domicilio a un morador; viola el derecho al trabajo aquel empresario que despide a sus empleados sin motivo justo ni verdadera necesidad.

⁷ Igual sucede con otras nociones de suyo extra-jurídicas que interesan al derecho: persona, acción, causalidad, voluntad, etc. Ninguna dilucidación puramente fáctica de tales nociones es jurídicamente satisfactoria, porque siempre su esclarecimiento para el derecho involucra algunas notas de selección o caracterización normativa, aunque ello implique alguna circularidad, la cual no avala, sin embargo, que se hable en esos casos de ficción jurídica.

Pero, ciertamente, lo más característico de los derechos positivos es que —en virtud de la ley lógico-jurídica de no-vulneración— entrañan la existencia de algunas obligaciones ajenas de dar o de hacer. Ése es su rasgo típico.

§2. Derechos con contenido indeterminado

Un derecho positivo, en sí mismo, no es una reclamación, sino la mera licitud de un contenido indeterminado, p.ej. el derecho a vivir en algún lugar habitable. Éste, de suyo, no es una pretensión de que nos entreguen un alojamiento. Aplicando, eso sí, la ley lógico-jurídica de no-vulneración, extraemos la conclusión de que están prohibidas las acciones u omisiones ajenas que nos impidan realizar ese contenido, o sea aquellas que, contra nuestra voluntad, nos fuercen a no vivir en ningún sitio habitable —para seguir refiriéndonos al derecho a la vivienda.

¿Es anómalo que un derecho haya de formularse con un contenido indeterminado o indefinido y que entrañe obligaciones positivas ajenas? No hay nada excepcional en eso. No es nueva la existencia de derechos o licitudes con contenido indeterminado. Se trata de derechos de resultado. En el ámbito del derecho privado se han dado siempre.

Un derecho de crédito es el de recibir un pago (sea en dinero o en especie, sea en bienes materiales o en servicios o prestaciones). El acreedor tiene un derecho de percepción. La reclamación de que le pague tal deudor en particular es una consecuencia jurídica, que se deriva del derecho del acreedor y de otras circunstancias de hecho (más la ley lógico-jurídica de no vulneración). A veces está perfectamente determinado quién sea el obligado a pagar; otras veces no es así.

En el caso de responsabilidad solidaria entre varios avalistas, el acreedor puede reclamar el pago a uno u otro. Si no paga uno, se dirigirá contra otro y así sucesivamente. Lo obligatorio es que pague uno u otro de esos deudores. Si paga un tercero, se extingue la deuda. El contenido del derecho del acreedor consiste sólo en recibir el pago o la prestación. La obligación de pagar que incumbe a los deudores deja de existir en el momento en que paga un tercero o en que paga cualquiera de ellos.

Mientras no se produzca ese pago, la obligación de dar puede ser mayor en unos deudores que en otros. Unos pueden estar más exonerados de la carga por la concurrencia de otras circunstancias. Los terceros lo están, en todo caso, porque —como ya lo hemos dicho— el concepto de impedimento que manejamos tiene unas notas normativas, que justamente eximen a los que no están involucrados en el surgimiento de ese derecho de crédito (al paso que el deudor y los avalistas sí están involucrados): lo que ilícitamente impide al acreedor recuperar su crédito es la conducta omisiva del deudor y de los avalistas, no la conducta omisiva de cualquier otra persona —a pesar de que cualquiera que pague voluntariamente extingue, al hacerlo, la deuda en cuestión.

En un acto de última voluntad un rico testador, Andrés, puede disponer que su sirviente, Diego, tenga un piso en Denia para vivir en él. Deja en herencia a sus cuatro sobrinos varios de tales pisos. El testamento —junto con la ley lógico-jurídica de no-vulneración— obliga a cada uno de esos sobrinos: si uno de ellos otorga a Diego el derecho de habitación en un piso que le haya correspondido, quedan eximidos los demás. Si ninguno lo hace, sobre cada uno de los cuatro seguirá pesando la obligación de cumplir esa cláusula testamentaria, cediendo ese derecho de habitación. Quienes no heredan nada de Andrés no están sometidos a obligación alguna con respecto a Diego dimanante del testamento.

Para decidir cuánto viene obligado cada heredero, hay que atender a las circunstancias exonerantes y a las obligaciones concurrentes a que esté sometido cada uno de ellos.

§3. Las obligaciones ajenas de acción y prestación

Así pues, los derechos positivos no han aparecido por vez primera en las constituciones del siglo XX, sino que siempre existieron. La novedad es que ahora tendemos a reconocer la titularidad de algunos derechos positivos a todos los seres humanos y, más concretamente, a cada ser humano con relación a los demás, por lo cual todos los hombres estamos, mutua y fraternalmente, obligados —unos para con los otros— en esa solidaridad mutua. (Como primer paso ese nexo de solidaridad uniría a los ciudadanos de un Estado.)

Mientras haya una necesidad insatisfecha de las amparadas por un derecho positivo fundamental, cada uno de nosotros está obligado a ayudar para satisfacerla. ¿Cómo y cuánto? Unos más, otros menos. La frustración del disfrute de los derechos positivos acarrea una situación de antinomia jurídica generalizada. En una situación así, nadie puede jactarse de estar cumpliendo al ciento por ciento sus obligaciones, porque es imposible, ya que siempre podríamos hacer más. Pero, evidentemente, unos están violando más que otros sus respectivas obligaciones. Más lo están quienes más recursos y posibilidades tienen.

Los derechos fundamentales positivos son *erga omnes* al implicar (por la ley lógico-jurídica de no-vulneración) una obligación ajena de dar o hacer. Esa obligación no pesa sólo sobre el Estado. Éste siempre está obligado subsidiariamente a satisfacer tales necesidades, ya sea de modo perentorio, ya sea implementando una política adecuada que lleve a ese resultado.

Pero la administración pública no es la única obligada. Todos estamos obligados. Más lo están los que más pueden hacer al respecto. Especiales obligaciones derivadas pesan sobre: los caseros, promotores inmobiliarios y dueños de casas o pisos en que ellos mismos no habitan permanentemente; los empleadores con capacidad para contratar mano de obra; las compañías y asociaciones consagradas a la educación, la cultura, la información y la comunicación; los profesionales de la salud y las firmas y entidades que se dedican a actividades sanitarias, incluyendo las farmacéuticas; las empresas de transporte de pasajeros; en general todos los empresarios que producen o distribuyen mercancías o servicios que atienden a satisfacer alguna de las necesidades humanas de sustento, abrigo, conocimiento, salud, movilidad o distracción.

Esto nos lleva a reclamar —derivadamente de los derechos positivos fundamentales— el cumplimiento de los deberes positivos ajenos, las obligaciones de dar y de hacer.

§4. El énfasis en las obligaciones positivas de dar y de hacer

Al recalcar los derechos positivos y sus consecuencias jurídicas, las obligaciones ajenas de dar y hacer, rompemos con aquella línea de crítica al sistema económico existente —y a sus estamentos privilegiados— que ponía por delante las reivindicaciones negativas. Llamaremos a esa crítica la ‘negativista’. Frente a ella, la nuestra será la afirmativista.⁸

Lo que a los empleadores venían exigiéndoles los negativistas era: no contratar mano de obra en condiciones de explotación (sea eso lo que fuere); no ofrecer al público mercancías o servicios de calidad inferior a la deseable, o a precios excesivamente altos, o con vicios

⁸. Para no llamarla ‘positivista’, lo cual daría lugar a una grave confusión terminológica.

ocultos o efectos secundarios desagradables, o incluso —y a falta de esos otros reparos— mediante ofertas que inciten al comprador a consumir lo superfluo.

Los empresarios escaparían a esa línea de crítica no emprendiendo actividad alguna: no contratando mano de obra, ni ofreciendo mercancías ni servicios ni publicitando su negocio. El rico modélico sería el que amontona su dinero en el banco o, mejor, en una hucha.

En particular, las casas fabricantes de medicamentos dan un paso en el buen sentido —a tenor del enfoque negativista— cada vez que retiran de la venta un analgésico, un antiséptico, una vacuna, un somnífero, un antibiótico o cualquier otro remedio, aunque sea irremplazable, pero al cual quepa poner algún reparo. Cumplen también un deber al no exportar productos farmacéuticos inasequibles a países pobres (y así no exportándoselos a precios altos).

Esa crítica negativista tiene a sus espaldas una larga tradición (titubeante), pero hoy está afianzada por un abanico de tendencias ecologistas.

Desde nuestra posición afirmativista, lo más criticable es: no contratar mano de obra pudiendo hacerlo; no emprender actividades productivas cuando hay recursos para hacerlo obteniendo una ganancia (tal vez no la ganancia máxima u óptima); no incrementar la oferta que aprovecharía al público para mejorar la satisfacción de sus necesidades de movilidad, salud, distracción, cultura, información, etc; en suma, dejar ociosos los caudales, las instalaciones, los recursos materiales y espirituales. Y, ya dentro de cada actividad empresarial en concreto, lo más criticable es lo que se deja de hacer, no lo que se hace mal. En el plano médico, la falta de atención. En el informativo, las políticas de censura, tabú y ninguneo. En el laboral, la no-oferta de empleo. Y así sucesivamente.

No se me oculta que caracterizar una conducta como activa o como omisiva es cuestión, frecuentemente, de descripción; que una misma conducta puede ser lo uno y lo otro; y que, sobre todo, una decisión humana implica, generalmente, una opción, en la cual se decide hacer A en vez de B, lo cual comporta —en un solo y mismo acto de voluntad— la acción A y la omisión de B. Ese mutuo involucramiento de la acción y la omisión determina que, muy a menudo, lo reprochable sea esa combinación de dos conductas, la una activa y la otra omisiva. Así, p.ej., a los periódicos, al llenar de paja sus páginas —en lugar de presentar una obra de periodismo de investigación sobre temas de genuino interés público—,⁹ podemos hacerles dos reproches —el uno por acción y el otro por omisión—, pero en el fondo lo que hay que achacarles es la opción misma.¹⁰

Siendo todo eso verdad, persiste el hecho de que, de todas las críticas que hay que dirigir a los responsables de que no se respeten debidamente los derechos de bienestar, la principal es la que se queja de sus omisiones.

Hay dos visiones del mundo antagónicamente enfrentadas; una, la que inspira la crítica negativista; la otra, la nuestra, la de afirmación. El enfoque negativista es pesimista, anti-vida,

⁹ Además de pasar de puntillas sobre temas escabrosos y de sus sospechosos silencios, está algo más grave: quienes alimentan su conocimiento de la realidad social de nuestro tiempo mediante la lectura de los periódicos desconocen casi todo de la situación de la gran mayoría de la población del planeta Tierra; y lo poco que saben son acontecimientos anecdóticos o superficiales. (Cuando creen saber, se trata de burdos clichés, deformaciones o exageraciones pintorescas.) En cambio se inundan páginas con zarandajas que se repiten hasta la náusea.

¹⁰ Excede los límites de este artículo sustentar en argumentos esa evaluación de los actuales medios de comunicación. V. Guillaume Weill-Raynal, *Les nouveaux désinformateurs* (París: Armand Colin, 2007) y los libros que sobre ese asunto han escrito Noam Chomsky, Michel Collon, Serge Halimi, Denis Robert y Pierre Bourdieu.

anti-ser, nihilista. Su lema es el schopenhaueriano de que, cuanto menos ser, menos vida, menos actividad, mejor. El nuestro es el leibniziano de que, cuanta más vida, cuanta más realidad, cuanta más presencia humana, cuanto más intensa sea nuestra actividad colectiva, mejor.

No digo que no haya que criticar a los empresarios cuando imponen jornales bajos o condiciones laborales duras o elevan en demasía sus precios o venden mercancías defectuosas. Pero hay que criticarlos por lo mucho que no hacen, pudiendo hacerlo, más que por lo que sí hacen.

§5. El estatismo

Nuestra articulación de los derechos positivos nos lleva así a la defensa del estatismo. Por ‘estatismo’ entendemos la conyunción de dos rasgos.

El primer rasgo del estatismo que profesamos es que al Estado le incumbe, en primer lugar, establecer por ley esas obligaciones de los particulares con recursos (imponerles el deber jurídico de emplear tales recursos productivamente, de no dejar desabastecido al mercado, de contratar la mano de obra que pueden emplear sin sufrir pérdida económica). Las abstenciones empresariales ilícitas que el Estado tiene que definir y sancionar son, en unos casos, genéricas, y en otros específicas; concretamente, cada empresario y cada profesional ha contraído unas obligaciones de hacer en la esfera particular a la que se dedica profesionalmente. (No se va a reprochar a las firmas farmacéuticas no construir casas.)

El segundo rasgo del estatismo que profesamos estriba en que al propio Estado le incumbe la tarea subsidiaria de emprender él mismo todas esas actividades cuando la iniciativa privada no las realiza suficientemente o no lo hace en las condiciones idóneas que sean social y económicamente exigibles, habida cuenta del avance técnico, de los recursos disponibles y de la conciencia colectiva (de la tabla de valores asumidos por la sociedad).

Más en particular, para que sea viable una sociedad en la que se cumpla con tales obligaciones positivas, tiene que asumir el Estado una gama amplia y creciente de servicios públicos, en todos los campos, mediante obras viales, tendidos y canalizaciones, redes de abastecimiento y suministro, establecimientos culturales, científicos, educativos, equipos de salvamento, vigilancia, ordenación del territorio, edificaciones, cauces de redistribución.

Nuestro estatismo nos distancia de otro enfoque de esta problemática, el que viene caracterizado hoy como la teoría de la responsabilidad social de las empresas (o, más en general, como la responsabilidad de la llamada ‘sociedad civil’, que es una mera entelequia). En primer lugar, esa teoría tiende (de nuevo) a recalcar más los deberes negativos que los positivos, reclamando a los empresarios, sobre todo, que no contaminen y que no ofrezcan al consumidor productos inadecuados —superfluos o de mala calidad—. En segundo lugar, esa teoría ve la responsabilidad en cuestión como un deber de moral social más que como una obligación jurídica.

Nuestro enfoque se sitúa, en cambio, en el plano jurídico. Lo que preconizamos es el establecimiento de estrictas obligaciones legales (si bien, para ser plenamente eficaces, habrán de acabar dándose en el plano de la economía global). Son los poderes públicos quienes tienen que establecerlas; y son los poderes públicos quienes tienen que suplir la acción de la iniciativa privada cuando ésta no esté a la altura, acudiendo a las nacionalizaciones.

§6. Refutación del argumento libertario

Nuestra posición nos sitúa en las antípodas de las tesis libertarias, cuyo argumento vamos ahora a comentar. Los libertarios —siguiendo las huellas de von Mises, Hayek, Nozick y Flew— aducen que, mientras que los derechos negativos estriban esencialmente en una reclamación legítima de abstención ajena, los positivos implican una exigencia de que nos den; y que, una de dos: o bien (1) son los responsables de la Cosa Pública quienes tienen que darnos, o bien (2) la pretensión queda en la indeterminación.

Es excesiva —siguen alegando los libertarios— la opción (1), o sea la exigencia de que sea el Estado quien tenga que subvenir a nuestras reclamaciones (de comida, trabajo, albergue, transporte y así sucesivamente), a menos que se anule la propiedad privada; la carga tributaria sería abrumadora. (Y, según los libertarios, ya lo es, porque el Estado del bienestar ha asumido a medias esa aspiración difusa a subvenir, al menos subsidiariamente, a tales necesidades de la población.)

Todavía peor sería la opción (2), porque entonces no se saldrá de la indeterminación en lo tocante a quién esté obligado a pagar: si hay individuos o familias sin techo, ¿a quién incumbirá el deber de cederles un sitio adecuado y habitable en un edificio? La dificultad de responder a esa pregunta muestra —siguen diciendo los críticos— que esos presuntos derechos no son tales, ni pueden serlo, porque no hay cómo implementarlos jurídicamente, no hay cómo abrir vías de reclamación judicial y procesal para asegurar su respeto. No hay manera de hacer de ellos genuinas pretensiones exigibles. No son, pues, verdaderos derechos.

A ese argumento respondo, a tenor de lo que ya llevamos dicho: la licitud, para cada ser humano, de comer, vivir en un hogar, trabajar, desplazarse y así sucesivamente acarrea la prohibición de que los demás usen su propiedad privada de manera que lo impida. Es una limitación de la propiedad, igual que hay muchas otras. En rigor constituye una servidumbre legal a cargo del propietario de contribuir a la satisfacción de las necesidades humanas básicas.

En el ordenamiento jurídico-constitucional español, esa obligación se enuncia como la función social de la propiedad. Un régimen jurídico en el cual se reconoce la propiedad privada pero sujeta a una función social es intermedio entre un régimen de propiedad privada pura y uno de propiedad colectiva o pública. En ordenamientos como el español sólo es lícita la propiedad privada cuando cumple una función social. ¿Cuál función social? Eso no puede determinarse de una vez por todas, sino que varía en función de una pluralidad de parámetros y evoluciona a tenor del cambio paulatino de la conciencia social.

Conque efectivamente admitimos la premisa menor del argumento neo-liberal: que los derechos fundamentales de tenor positivo acarrearán una seria limitación del derecho de propiedad privada, siendo incompatibles con un régimen de propiedad privada pura. Pero negamos la premisa mayor, porque el derecho a la propiedad privada no es un derecho fundamental; y, aunque lo fuera, estaría subordinado a los derechos positivos fundamentales.

Por otro lado, no hay nada exagerado ni extremoso en atribuir al Estado la función subsidiaria de suplir las carencias del sector privado (incluso nacionalizando las ramas de la producción donde la empresa privada no cumpla debidamente sus obligaciones constitucionales de función social), aunque eso choca con la idea libertaria de un estado mínimo. No hay ningún derecho fundamental a vivir en un régimen de Estado mínimo.

Por último —y para acabar de responder al argumento libertario— son verdaderas las dos opciones que nos brindan, la (1) y la (2). Subvenir a esas necesidades incumbe tanto al Estado (que obtendrá sus recursos por vía de tributos y de los beneficios del sector público) cuanto al

sector privado.

¿Cabe determinar quiénes, dentro de ese sector privado, están obligados a satisfacer tales necesidades? Jurídicamente los derechos y los deberes de contenido indeterminado han sido reconocidos desde el derecho romano (y seguramente desde mucho antes); son perfectamente admisibles siempre que existan vías posibles de determinabilidad. Y en este caso las hay.

Cuando ve insatisfechas sus necesidades de comida, agua, albergue, trabajo, movilidad, información, aprendizaje y distracción, un individuo (para empezar, un habitante del territorio nacional) tiene una reclamación válida contra la sociedad a la que pertenece —al menos cuando ello no resulte imputable a su propia desidia—; ante esa reclamación habrán de responsabilizarse, escalonadamente:

- (1) Las personas físicas y jurídicas que hayan guardado con el individuo en cuestión relaciones contractuales o extracontractuales generadoras de una obligación natural de ayuda en la medida en que les sea posible —sin grave detrimento propio— contribuir a la satisfacción de tales necesidades. Hay una obligación natural de solidaridad para con los parientes y allegados, los amigos, los vecinos, los compañeros y ex-compañeros, empleados y ex-empleados —al menos un deber de auxilio; y es que la omisión del deber de socorro no puede entenderse restrictivamente para casos de contigüidad geográfica entre la presencia del omitente y el acaecimiento de peligro.¹¹
- (2) Quienes más recursos posean y más afines estén —en su respectiva línea de compromisos profesionales— a la satisfacción del tipo de necesidad en cuestión: los empleadores tienen responsabilidad si no emplean toda la mano de obra que les es posible sin incurrir en pérdidas; los empresarios relacionados con el negocio inmobiliario y los dueños de viviendas que no habitan, si no ponen de su parte para que sea posible albergar a toda la población; los proveedores habituales de bienes y servicios, si —por dejadez o afán de lucro excesivo— frustran las expectativas razonables de acceso a los mismos; y así sucesivamente.
- (3) Todos en general, según su capacidad económica, para el pago de los tributos legalmente establecidos que permitan al Estado ayudar a subvenir a esas necesidades.

Si, recorrida toda esa escala, aún quedan responsabilidades por adjudicar, todos somos entonces responsables (un caso paradójico, una genuina antinomia deóntica, fruto de políticas vulneradoras de los derechos humanos).

§7. ¿Hay alguna vía jurisdiccional para hacer respetar los derechos positivos?

El libertario objeta que esa asignación de responsabilidades —además de no ser fácil de implementar jurídicamente— carece hoy por hoy de reconocimiento legal, siendo a lo sumo, una consideración *de lege ferenda*; tal como están hoy las cosas —sigue diciendo— no habría vía jurisdiccional alguna para que esos presuntos derechos positivos alcancen una satisfacción por intervención del juez.

Respondo, en primer lugar, que la indeterminación de una vía jurisdiccional apropiada

¹¹. Notemos que tal obligación fue revestida de un rango constitucional en la Carta Magna gaditana de 1812 al disponer en su artículo 6º que todos los españoles tienen la obligación de ser justos y benéficos.

no implica la nulidad o la vacuidad del derecho. En las constituciones decimonónicas no se solían articular vías jurisdiccionales que garantizaran los derechos individuales de carácter negativo (los de no-violación del domicilio y la correspondencia, *habeas corpus*, reunión, etc). Sin embargo, sería absurdo decir que en tales sistemas no existieron tales derechos, y que éstos únicamente han nacido cuando, por fin, se han establecido vías concretas de reclamación judicial. Y es que la existencia de derechos y deberes sustantivos es independiente de la efectiva implementación de vías procesales para su protección. Afirmar tal dependencia desencadenaría una regresión infinita.

En segundo lugar, respondo que ya hoy se abren varias vías jurisdiccionales, por insuficientes que sean. Voy a referirme al ordenamiento español.

- (1) El reconocimiento constitucional de los derechos positivos siempre es un considerando exegéticamente válido para que el juez interprete las leyes vigentes en el sentido más favorable a su satisfacción y, a tenor de ello, aplique con discernimiento y humanidad la legislación en materias de divorcio (y pensión compensatoria), herencia, alimentos, contratación laboral, compraventa y alquiler de casas, transporte, consumo y situaciones de insolvencia, etc.
- (2) Hay casos en los que la ley determina claramente quién está obligado a una acción o prestación que posibilite satisfacer la necesidad: obligaciones de alimentos a cargo de los padres; deberes de ayuda al cónyuge (y, por analogía, al compañero sentimental); socorro debido a los padres y a los hermanos; obligaciones contractuales (p.ej. las derivadas de la legislación laboral); deberes profesionales; compromisos asumidos por las administraciones públicas.
- (3) Al amparo del art. 1887 del Código Civil¹² y del principio jurídico que proscribe el enriquecimiento injusto¹³ (un principio lamentablemente no positivizado en nuestro CC)¹⁴ —en conexión con la prohibición del abuso del derecho—¹⁵ son, a veces, admisibles otras reclamaciones para paliar algunas de las más graves necesidades, p.ej. de alimentos y vivienda.
- (4) En ciertas circunstancias cabe invocar el deber de socorro, reconocido en el Código

¹². «Son cuasi contratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados.»

¹³. La prohibición del enriquecimiento injusto se remonta a un parecer de Sexto Pomponio (jurisconsulto del siglo II): «*Nam hoc natura æquum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore*». O sea: «Es naturalmente injusto que alguien se haga más rico a expensas y en perjuicio de otro». V. Jaime Concheiro del Río, *El enriquecimiento injusto en el derecho laboral*, Barcelona: Bosch, 2007.

¹⁴. A pesar de que el art. 10.9.III establece: «En el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido». Es una disposición de derecho internacional privado. Hay incongruencia jurídica en que el mismo Código que hace esa remisión se abstenga, sin embargo, de prever una acción especial por enriquecimiento injusto, la cual, en nuestro derecho, es una creación jurisprudencial. V. *El enriquecimiento injusto*, de Rosa M. Méndez Tomás y Aura Esther Vilalta Nicuesa. Barcelona: Editorial Bosch, S.A., 2000.

¹⁵. Art. 7 CC: «1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.» En relación con el concepto del abuso del derecho, v. el ensayo final recogido en el volumen colectivo cit. *supra*, nota 1: «¿Cabe un abuso de los derechos positivos?», de Lorenzo Peña y Txetxu Ausín.

Penal;¹⁶ y, si bien en lo penal las obligaciones no pueden interpretarse extensiva ni analógicamente, sí cabe extender ese deber extra-penalmente, mediante lecturas adaptativas del Código Civil. Así abstenerse deliberadamente de impedir una desgracia¹⁷ puede asimilarse —en algún grado— a la causación de la misma, entendiéndose extensivamente la noción de causa en el art. 1902 CC.¹⁸

Todo eso se queda cortísimo. Hay que preconizar que se amplíen esas vías y se abran otras.¹⁹ Pero sería injusto y desmovilizador no reconocer esos logros.

§8. El bien común, fundamento de los derechos positivos

Los derechos positivos que hemos enumerado pueden verse de dos modos: o bien como títulos inherentes al ser humano, a la persona humana, independientemente de su inserción en la sociedad y tal vez dimanantes, tan sólo, de un constitutivo antropológico (o algo similar); o bien como facultades que se adquieren por la pertenencia a una sociedad, relaciones jurídicas que ligan a unos miembros de la sociedad con los demás.

Adoptando el primer enfoque, tendremos la ventaja de que nos bastará saber que un individuo es de nuestra especie para reconocerle ese título, esa reclamación, cualesquiera que sean las circunstancias, cualquiera que sea su actuación, previa o simultánea, cualesquiera que sean los avatares históricos y sociales.

En cambio, si los derechos positivos se adquieren como resultado de la inserción en una sociedad, ello abre la puerta a modulaciones y restricciones que pueden relativizar tales derechos.

Nos decantamos por la segunda vía. Un derecho, una licitud, es una relación jurídica que sólo cobra sentido en una sociedad de seres dotados de entendimiento y voluntad y que, a fuer de tales, tienen que regirse por normas dictadas por una autoridad. En consecuencia, un imaginario Robinsón Crusoe no tendría ni derechos ni deberes.

Si la raíz de la existencia de derechos positivos es la pertenencia a una sociedad, ello

¹⁶. Art. 195.1: «El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.»

¹⁷. Una desgracia que ocurra en nuestro entorno o radio de acción o de comunicación intersubjetiva, aunque no se trate de un suceso en nuestra proximidad geográfica en el momento de producirse.

¹⁸. «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.»

¹⁹. También es menester elevar a rango constitucional la obligación de que existan vías de exigibilidad jurisdiccional de todos los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. A este respecto más audaz que la Constitución actual era la republicana de 1931, al permitir el acceso al Tribunal de Garantías Constitucionales para la protección de todos los derechos de rango constitucional: «Artículo 121º. Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías constitucionales, que tendrá competencia para conocer de: [...] b) El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades.» Por el contrario, a tenor de la Constitución de 1978, art. 53.2, el recurso de amparo sólo está autorizado para los derechos negativos de la Sección I del capítulo II del Título I más la objeción de conciencia del art. 30. Sin embargo, hay un mandamiento constitucional (art. 53.3) al poder legislativo para dictar leyes que permitan desarrollen los derechos positivos reconocidos en el capítulo III del Título I —asegurando su respeto y protección— y que faculden a los individuos para alegar tales derechos ante la jurisdicción ordinaria. en buena medida tal mandamiento sigue estando desobedecido 29 años después.

nos hace plantearnos la cuestión de si, por consiguiente, esa lista de derechos se deduce de un derecho básico con relación a tal sociedad. Así es. Se trata del derecho a participar en el bien común según las necesidades.

No es un derecho incondicional, sino que está condicionado al cumplimiento de un deber: el de contribuir a ese bien común según las capacidades.

¿Significa eso que la sanción apropiada al incumplimiento del deber de contribuir correctamente al bien común sea que uno decaiga en sus derechos positivos y que, por lo tanto, ya no merezca comer, ni albergarse, ni nada de eso?

En un enfoque gradualista, como el nuestro, los cumplimientos e incumplimientos son graduales, y también han de serlo los reproches y las eventuales sanciones. Pero aun en el peor caso habrá un núcleo mínimo que ninguna sanción podrá rebasar, porque sería deletéreo para el vínculo social y, por ende, para el propio bien común. Eso introduce un elemento de compasión.

Frente a quienes hablan de igualdad de oportunidades y de reparto según el mérito (que podría definirse como el grado de contribución individual al bien común), nosotros abogamos por una igualdad de resultados —concretamente de la satisfacción de las necesidades— por dos razones: (1ª) el concepto de mérito es espúreo, dado que cada uno de nosotros es el producto de las determinaciones naturales y, sobre todo, sociales; (2ª) no existe criterio alguno objetivo y justificable para determinar cuánto merece cada uno, cuánto contribuye al bien común.

Además, si brindamos una igualdad de oportunidades (lo cual es quimérico), habrá que saber si sólo vamos a conceder una oportunidad, o también una segunda; si una segunda, ¿por qué no una tercera? Y así sucesivamente. (Tal vez el número mágico sea el de setenta veces siete.) Cuantas más oportunidades otorguemos, más nos aproximamos a una praxis distributiva basada en otros criterios, como el de las necesidades y el de la compasión mutua, como vínculo social de solidaridad, cuya conculcación perjudicaría al bien común.

Tal posicionamiento nos lleva, desde luego, a rechazar muchos enfoques que, coincidiendo con el nuestro en abogar por algún género de igualitarismo social, se quedan a medio camino (la tesis de Marx «a cada cual según su trabajo» —válida para la etapa de transición—; tesis de Rawls, Scanlon, Cohen, Dworkin y otros). Pero también nos lleva a recusar —por el lado opuesto— la propuesta de Van Parijs (y la pléyade de sus seguidores) de una renta básica universal, un ingreso que correspondería a cada miembro de la sociedad (adulto), haga lo que haga, sin ninguna contrapartida, y que debería permitir a todos vivir, confortable y holgadamente, sin trabajar.²⁰

Habiendo muchos argumentos en contra, el principal es que eso es injusto. La riqueza social se crea con el esfuerzo colectivo. En general es, ciertamente, imposible determinar cuánto contribuye a su creación el ingeniero que hace los planos de un barco, el dependiente que despacha pan en la tahona, el minero que extrae carbón, el operador telefónico, el maquinista del tren, el jurista que elabora las leyes que sirven para regular toda esa compleja interacción social. Mas una cosa sí es posible saber: la vagancia implica una no-contribución al bien común. No hay derecho a la vagancia o a la holganza. (Están exonerados del deber de

²⁰. Philippe Van Parijs, *What's Wrong With a Free Lunch?*, Boston: Beacon Press, 2001. En España esa propuesta ha sido desarrollada por autores de la orientación llamada 'republicanista' como Daniel Raventós y Antoni Domènech.

contribuir al bien común quienes no pueden hacerlo, mas no quienes pueden pero no quieren.)²¹

§9. Conciliar el valor de la justicia con el de la eficiencia

Hemos sentido un principio de distribución: hacer participar en el bien común según las necesidades de cada uno. Es un principio de justicia. Mas la justicia no es el único valor.

La acción individual y colectiva tiende a la realización de determinados valores. Sólo un milagro podría asegurar que no surgieran conflictos entre esos diferentes valores. Unos valores pueden subsumirse en otros, aunque tal subsunción a menudo es problemática y parcial. Las sociedades humanas —y las no humanas— aspiran a lograr varios bienes: persistencia, armonía, felicidad, prosperidad, conocimiento, belleza, amor, etc. En esa constelación está la justicia. Puede, sí, brindarse una noción de justicia que sólo reputo justo lo que a la postre acabe resultando de una ponderación de todos los demás valores. Pero tal vez obedece a una más acertada nomenclatura llamar ‘justicia’ a uno de los varios valores en presencia, aquel que tiende a *dar a cada uno lo suyo*, a tratar similarmente los casos similares, repartiendo beneficios y cargas según unas reglas enraizadas en la naturaleza misma de las relaciones involucradas.

Lo justo es la igualdad de resultados: que cada uno colabore al bien común según sus capacidades y que se beneficie del bien común según sus necesidades. Esas reglas hunden sus raíces en la propia naturaleza de los individuos y de la sociedad, en la misión misma del cuerpo social que estriba en una unión para satisfacer las necesidades humanas.

Mas la justicia impone también unos límites a la propia justicia. Una justicia implacable deja de ser justicia. Es justo limitar la acción de la justicia en aras de otros valores que la propia justicia tiene que asimilar de algún modo: compasión, concordia, eficacia, adhesión social. Cada sociedad busca, trabajosamente, unos criterios (siempre imperfectos) de ponderación de esos valores para articular opciones correctas y no arbitrarias, que sean justificables habida cuenta de todo.

Si la naturaleza de la sociedad es promover el bien común para distribuirlo equitativamente según las necesidades de los individuos, está claro que, en la medida en que esa distribución obstaculice la promoción del bien común, habrá de restringirse o atemperarse en cierto grado.

Los adversarios del igualitarismo subyacente a nuestra propuesta aducen que la propia naturaleza humana se rebela contra cualquier política equi-distributiva, que desincentiva el esfuerzo individual, el cual sólo puede ir a más en un ambiente de concurrencia y rivalidad, en el cual cada uno espere labrar el bienestar propio (y el de los suyos) gracias a sus afanes, a su talento, a sus fuerzas y a su éxito. La distribución igualitaria desincentivaría tales esfuerzos.

Desconozco qué prueba exista de la verdad de esa visión individualista. La observación empírica nos enseña, entre los seres humanos y demás animales sociales, muchas conductas, unas altruistas, otras egoístas, otras colaborativas. Éstas, si se quiere, obedecen al egoísmo

²¹. Hay otra objeción dirimente contra la propuesta de renta básica universal de carácter incondicional. Por generalización de la ley lógico-jurídica de co-licitud, si es lícito a cada uno disfrutar (incondicionalmente) de tal prebenda o sinecura, es lícito que todos lo hagan. Si es lícito, entonces lo es un hecho que causaría la destrucción de la sociedad. Luego —por la ley lógico-jurídica del efecto ilícito— está permitido destruir la sociedad. Desde luego, este argumento sólo convecera a quienes hayan adoptado nuestra lógica judicial.

plural, a la busca del bien para el «nosotros». Ya esa finalidad de que uno pretenda el bien de los suyos significa que se trasciende la pura individualidad.

¿Hay conductas que buscan el bien de una colectividad más amplia, allende la familia nuclear? ¡Claro que sí! Hay conductas que se explican por amor al clan, a la tribu, a la Patria, a la secta, a la clase social, al propio bando, a la humanidad.

También hay muchas conductas en las que uno sabe cabalmente que el resultado sólo se obtendrá del esfuerzo conjugado de muchos, al paso que cada aportación individual será de escasa eficacia causal; y, sin embargo, se realizan esos esfuerzos. Son, sin duda, complejos los mecanismos de la psicología social. Pero el hecho es que existen acciones masivas que sobrevienen en múltiples acciones individuales dispersas, ninguna de las cuales tiene sentido por separado. Que se produzcan esos fenómenos depende de la conciencia social; en unas cosas las campañas de concienciación tienen éxito; en otras se saldan con rotundos fracasos. En cualquier caso, no es verdad que siempre se actúe de manera egoísta y que los seres humanos en general rehúsen participar en el esfuerzo colectivo sin expectativa alguna de ventaja para ellos mismos individualmente desgajable.

¿Cuánto del individualismo aparentemente reinante se explica por el instinto (determinación genética), y cuánto por factores culturales? ¿Cuánto pueden alterarse esos patrones por un cambio de la conciencia pública? No lo sé. Por mucho que nuestros genes nos inclinen al individualismo (y posiblemente a otras pautas comportamentales que no solemos valorar bien, como la prevalencia masculina, la agresividad, tal vez incluso la crueldad), el filtro de nuestra aculturación social es capaz de contrarrestar tales inclinaciones, que pueden haber tenido su razón de ser en nuestra prehistoria biológica pero que se han convertido en frenos para nuestro mejor-vivir en común.

Sea así o no, nuestra teoría de la justicia distributiva no sufre nada, precisamente porque reconocemos que la justicia no es el único valor y que ha de regir nuestras decisiones colectivas tras un proceso de ponderación con otros valores. Y uno de ellos es el del bien común, o la prosperidad colectiva. Si demasiado aplicar el ideal de justicia perjudica a esa prosperidad, habrá de rebajarse o aminorarse la aplicación dejando un margen a otras consideraciones —aunque introduzcan o consagren patrones injustos— en aras de promover ese bien común.

Supongamos que, aplicando a rajatabla las pautas de distribución equitativa, surgen disfunciones, se abandonan profesiones que hacen falta, se desatienden ciertas tareas, disminuye el esfuerzo, se incrementan el parasitismo y la gorronería, pululan los aprovechados. La hipótesis, bastante sombría, puede tener mayor o menor verosimilitud; en contra de la misma está el hecho de que no hemos reconocido el derecho a participar equitativamente en el bien común como un derecho incondicional, sino como contrapartida al deber de colaborar para ese bien común según las propias capacidades. Pero, ¡sea! ¿Qué hacer? Procederá restringir el ámbito o la medida de aplicación de ese criterio distributivo, introduciendo dosis de injusticia en tanto en cuanto sean susceptibles de frenar o contrarrestar las tendencias negativas que hemos imaginado y de suscitar conductas positivas. Introducir incentivos, sean de orden moral o material (porque no sólo de pan vive el hombre).

¿Cuántos? ¿Hasta qué punto? No creo que pueda responderse en abstracto. Lo importante es no perder la orientación, sino saber que las concesiones a una realidad que opone resistencias no han de hacernos abandonar el horizonte, que es la mayor realización posible del ideal de justicia.

Por otra parte, y pasando de la teoría a la praxis, nuestra recomendación no es la de experimentar una sociedad justa partiendo de cero, haciendo tabla rasa de lo existente, sino partir de lo que hay para evolucionar paulatinamente hacia un sistema más justo. (Más sobre esto *infra*, §12.)

§10. El derecho a prosperar

Un rasgo esencial de la prosperidad a la que tienden, por su propia naturaleza, las sociedades de seres vivientes, humanos o no humanos, es vivir mejor —no sólo conservar lo que se haya conseguido ya. En realidad, para los individuos, los grupos y las especies vale, probablemente, el principio de que lo que no va a más tiende a ir a menos. Esa nota intrínseca del bien común es, pues, un elemento dinámico. Contribuir al bien común (según las propias capacidades) significa coadyuvar a que ese bien común no sólo se mantenga —en lugar de deteriorarse o incluso zozobrar—, sino también se incremente.

Y es que la necesidad básica de participar en el bien común —según las necesidades del individuo— implica que nos hace falta un bien común que vaya a más. El ser humano, como cualquier ser viviente, necesita prosperar. El progreso —material y espiritual— es necesario para el individuo, para la colectividad y para la especie. (Y, por lo tanto, hay un derecho subjetivo a participar en la prosperidad colectiva, junto con un deber de contribuir a ella.)

En eso radica que los derechos humanos, aun fundándose en la naturaleza humana (en el vínculo entre el individuo y la sociedad a tenor de la misión de ésta), tengan un contenido evolutivo, que varía histórico-socialmente. En su formulación actual los derechos positivos de bienestar sólo han podido alcanzar reconocimiento jurídico en sociedades modernas, al alcanzarse —o estarse cerca de alcanzar— un nivel de prosperidad que posibilite su satisfacción. (V. *infra*, §13.)

Sería inviable el Estado del bienestar, serían insostenibles los derechos positivos fundamentales, sin la prosperidad, sin el crecimiento económico y el avance técnico —sin lo que en la jerga marxista se llamó ‘el crecimiento de las fuerzas productivas’. Que todos disfruten del derecho al sustento, a la salud, al albergue, a la cultura y a la distracción implica que también lo hagan las personas mayores —incluso cuando ya no pueden trabajar—, que lo hagan los minusválidos o incapacitados —aun cuando ya poco puedan contribuir al bien común—, que lo hagan los niños —cuando todavía están en la etapa de su crecimiento individual y de su aprendizaje de la vida. El sistema de pensiones de jubilación y de invalidez, de instalaciones y servicios sociales que requiere atender a esas necesidades sólo es sostenible si la sociedad va aumentando su nivel de riqueza.

Si la riqueza se estanca o declina, ningún sistema de pensiones podrá mantenerse (a menos que sea muy corta la duración de la vida pre- y post-activa). Un sistema de pensiones es un pacto inter-generacional. Quienes trabajan hoy tributan para que los viejos reciban una pensión, a sabiendas de que el progreso técnico y el crecimiento de la productividad laboral posibilitarán que, cuando a ellos les llegue la edad, quienes trabajen entonces puedan, sin agobio, sostenerlos con sus propios tributos.

La idea del crecimiento económico y del progreso técnico es hoy mucho menos

popular que hace unos decenios.²² Hay muchos agoreros. Unos niegan el progreso. Otros preconizan el decrecimiento económico, por motivos ambientalistas de corte neo-malthusiano. Otros vaticinan un estrellamiento —de nuevo por causas ecológicas, al haberse esfumado las previsiones conflagratorias, más o menos.

Evidentemente no es éste el lugar apropiado para debatir esos pronósticos o diagnósticos. Lo que sí sostendré es que —según lo voy a probar más abajo— tan oscuras profecías deberían llevar a quienes tienen fe en ellas a sostener abiertamente que no existen derechos positivos, que los seres humanos no tenemos derecho al sustento, al agua, a la movilidad, al trabajo, al albergue, al conocimiento, a la cultura, a la salud, a la felicidad, a la diversión. Es dar gato por liebre decir que uno apoya la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y, a la vez, adherirse al pesimismo de los agoreros.

§11. Compatibilidad de los derechos positivos con la propiedad privada

Hay que recordar (v. §9) cómo la aplicación del principio de justicia distributiva según las necesidades de los individuos tiene que atemperarse, ponderándose con la realización de otros valores socialmente profesados, entre ellos el de la prosperidad colectiva: equidad y prosperidad se necesitan mutuamente pero también pueden entrar en contradicción.

Si ese conflicto es superable o no con el cambio de las mentalidades individuales y colectivas es un asunto que el filósofo del derecho no puede pretender resolver. Lo que sí nos planteamos aquí es este problema: en una sociedad en la cual cesara tal conflicto, ¿seguiría habiendo propiedad privada?

El reconocimiento constitucional de la función social de la propiedad ha amortiguado la acuidad de la disputa sobre la conveniencia de que exista o no propiedad privada.

Nadie duda que es menester alguna posesión privada de algunos bienes. Que tal posesión revista la modalidad de la propiedad es un asunto de mera conveniencia.²³ Nuestro actual trabajo es neutral sobre si la existencia de propiedad privada ha de preferirse a la titularidad pública de todos los bienes.

Lo que permite nuestro ordenamiento jurídico es una propiedad privada sujeta a una función social, de la cual es ilícito abusar (p.ej. acaparativa o especulativamente), que ha de ser utilizada para el bien propio de su propietario pero asimismo —en la medida de su dimensión y naturaleza— para el de la sociedad; una propiedad en última instancia expropiable por razones de utilidad social.

Junto a ello, tenemos la propiedad pública, cuyo volumen se puede apreciar en el hecho de que aproximadamente la mitad del PIB corresponde a los ingresos y gastos del sector público. El reconocimiento de los derechos de bienestar y la incapacidad de satisfacerlos del

²² La ofensiva ideológica del antiprogresismo está representada por una pléyade de autores, aureolados de los máximos honores académicos y mediáticos. Como botón de muestra v. P.-A. Taguieff, *Le sens du progrès: Une approche historique et philosophique*, París: Champs Flammarion, 2004.

²³ En el caso de ciertos bienes de consumo perecederos puede parecer ocioso distinguir entre propiedad y posesión: la comida que tenemos en el plato y que nos comemos deja de existir al ser ingerida; aunque no tuviéramos sobre ella un título de propiedad —sino un derecho de uso revocable—, hemos actuado como propietarios (hemos ejercido un *ius abutendi*, o sea un derecho a disponer de la cosa).

sector privado conducen, inexorablemente —a pesar de la ideología mercantilista y privatista— a un ensanchamiento del sector público, aunque se produzca con altibajos. Ha sido limitado el éxito de las escuelas económicas en boga (monetarismo y corrientes afines) y de sus seguidores en los puestos de mando político al querer achicar el porcentaje del sector público en el PIB. Descuartizando y estrujando algunas parcelas del Estado del bienestar no han ido tan lejos como esperaban, ni mucho menos.²⁴

Notemos que, utilizando el concepto jurídico de la función social de la propiedad, cabe en teoría mantener propiedad privada y, sin embargo, conseguir que toda la renta disponible de la sociedad se reparta entre sus miembros según el criterio de las necesidades; en tal situación el derecho del propietario será puramente marginal o incluso denominativo (un mero título). Así, la propiedad de un terreno puede ir quedando sujeta a tributos y a servidumbres de uso público (o de uso privado ajeno por razón de interés colectivo), de tal modo que el dueño, a la postre, no pueda ejercer prácticamente ningún derecho propio de uso, disfrute o disposición. Sin llegar a tanto, de hecho ya hoy cualquier propietario tiene derechos bastante limitados en muchos casos.²⁵

Por otro lado, puede haber —aun sin propiedad privada— fuertes restricciones a la distribución según las necesidades. En un sistema de propiedad pública pura, se pueden establecer fuertes desigualdades retributivas que permitan a los perceptores de mayores remuneraciones adquirir la posesión (aunque no sea la propiedad) de bienes de consumo inaccesibles para los de rentas más bajas.

Nuestro ideal de un reparto de la renta global disponible según las necesidades de cada uno es compatible tanto con una sociedad sin propiedad privada cuanto con una en la que subsiste la propiedad privada pero prácticamente reducida a una titularidad nominal. En ambas hipótesis el sector público de la economía vendría a englobar el 100% del PIB —en el primer caso directamente y en el segundo a través de un vericuetto fiscal; la remuneración se haría, en ambos casos, según el criterio de las necesidades puro y simple.

Se trata de un *desideratum*. Reconocemos otros valores, además del de la justicia, que pueden colisionar con la realización de tal perspectiva, y nos abstenemos de hacer previsiones sobre si algún día podrá llegarse a una total conciliación entre esos valores.

No es fácil de justificar la instauración de la propiedad privada.²⁶ En particular, no es convincente el argumento de que, sin ella, los bienes se echan a perder o se despilfarran. Falla ese argumento por dos razones. La primera es que dista de ser de color de rosa el balance de la propiedad privada —en la medida en que existe—, al paso que hay diversos mecanismos

²⁴ Recomiendo leer el art. de Xavier Calsamiglia «A vueltas con el Estado del bienestar: La mejor defensa es un buen ataque», en *Estado y economía: Elementos para un debate*, ed. Salvador Barberà, Madrid; Fundación BBV, 1995, pp. 311-330.

²⁵ Hoy ya no puede el dueño edificar y derribar casas u otras construcciones según le venga en gana y como a él le plazca, cavar hasta cualquier profundidad, extraer o contaminar el agua de sus pozos según su antojo, plantar o arrancar los cultivos que quiera a sus anchas, dejar el terreno yermo y baldío si le apetece, impedir el paso a cualquier extraño y para cualquier fin. En realidad nunca hubo una propiedad privada tan absoluta; pero en un ordenamiento jurídico como el español actual lo que queda es un pálido rastro de ese *ius utendi, fruendi et abutendi*.

²⁶ La justificación y la dilucidación de la propiedad privada vienen examinadas en una multitud de trabajos, de entre los cuales citaré sólo éstos: James O. Grunebaum, *Private Ownership*, Routledge, 1987; Lawrence C. Becker, *Property Rights: Philosophical Foundations*, Routledge and K.P., 1977; Alan Ryan, *Property and Political Theory*, Blackwell, 1984; Jeremy Waldron, *The Right to Private Property*, Clarendon, 1988; John G. Sprankling, *Understanding Property Law*, Nueva York: Lexis Publ., 2000.

normativos para responsabilizar a la gente en el uso de los bienes colectivos.²⁷

La segunda razón por la cual falla el argumento privatista es que hay modalidades posesorias privadas sin propiedad (adjudicaciones temporales, revisables, condicionales, con títulos jurídicos como el alquiler, el precario, el derecho de uso e incluso el usufructo).

Puede haber otros argumentos a favor de instaurar la propiedad privada en una sociedad en la que no exista, pero hasta ahora quien esto escribe no ha leído ninguno que le parezca convincente. Sin embargo, otra cosa es justificar el mantenimiento de la propiedad privada donde ya exista, lo cual se puede hacer sobre la base de un principio de conservación o continuación, como vamos a ver en el apartado siguiente.

§12. Gradualismo. Cambios paulatinos

Ya hemos dicho que el enfoque que proponemos es gradualista. Lo es en tres aspectos fundamentales: (1) la realización de los supuestos de hecho es susceptible de variación gradual; (2) también lo son las determinaciones jurídicas; (3) también lo es la vigencia de las normas.

Hay además un cuarto gradualismo al que obedece este tratamiento, a saber: la propuesta misma se formula como una recomendación tendencial o asintótica, hacia la cual habría que ir dando pasos en una aproximación paulatina. De ello nos vamos a ocupar ahora.

Un componente importante de nuestra propuesta gradualista es el de evitar las marchas forzadas y las ilusiones de mutación brusca y radical. El progreso social avanza paulatinamente, incluso en aquellas ocasiones en las que parece dar saltos, que son sólo aparentes (o, a lo sumo, superficiales o en aspectos limitados). Ninguna sociedad cambia de la noche a la mañana. Los cataclismos, excepcionales, suceden raras veces en la historia (si es que de veras suceden), determinados por invasiones o catástrofes naturales.²⁸ En cualquier caso, no hay anti-cataclismos. La historia nunca vuelve a arrancar de cero prescindiendo súbitamente de las viejas costumbres e instituciones, ni siquiera cuando se producen metamorfosis o alteraciones que dan la impresión de poner de pronto todo al revés.

Los cambios presuntamente revolucionarios son, en realidad, pasos ulteriores de un largo y continuo proceso de lentas transformaciones, cuyo resultado manifiestan y para el cual inauguran una nueva etapa, en la que, por debajo de las apariencias, prosigue la modificación paulatina.²⁹

Llevemos razón o no en ese continuismo histórico, lo cierto es que nuestra propuesta de futuro no implica ningún salto, sino todo lo contrario: abogamos por partir siempre de lo existente, conservarlo adaptándolo y transformándolo, gradual y paulatinamente, con pasos

²⁷. Que los bienes comunales en los pueblos hayan sido a veces maltratados o saqueados no es óbice para la estabilidad milenaria de ese modo de propiedad colectiva que —pese a tales tropiezos— se ha revelado de gran eficacia y utilidad social, al menos mientras se cumplían ciertas condiciones sobre la población local. Fue equivocada —y fruto de ceguera ideológica— su privatización en la España del siglo XIX, por obra de la desamortización liberal.

²⁸. Excavando los hechos históricos, tales precipitaciones suelen superponerse a una soterrada continuación en varios aspectos de la vida real de las masas. Justificar ese aserto nos alejaría de nuestro propósito actual.

²⁹. La tesis de un gradualismo evolutivo y continuista la defiende —con mayor hondura argumental y para un campo mucho más vasto— en mi ensayo «La filosofía del cumulativismo», en el vol. colectivo *Pluralidad de la filosofía analítica*, ed. por Pérez Chico y Moisés Barroso Ramos, Madrid: Plaza y Valdés (col. *Theoria cum Praxi*), en prensa.

prudentes y sosegados, hacia un ideal de justicia distributiva que haga participar a todos en el bien común según sus necesidades.

Un error de muchas teorías de la decisión pública de diverso signo (capitalistas o anticapitalistas) estriba en la obsesión por los extremos, en la busca de los máximos y los mínimos, en el rechazo de las soluciones sub-óptimas. El razonamiento subyacente a esa fijación optimalista consiste, sin duda, en un principio de la mejor opción, a saber: a la hora de escoger, cualquier opción que sea menos buena que otras es una opción injustificada. Conque no habría nunca una opción racional que no fuera la óptima. Para ser la óptima, tiene que conseguir al máximo un objetivo, o sea: hallar un punto de inflexión tal que menos que eso (el monto de realización del objetivo que se persiga) sería insuficiente pero más sería o imposible o contraproducente.

Ese principio está asediado por tres graves dificultades. La primera es que se da de bruces con las observaciones empíricas. Nunca actuamos así. Es rarísimo que persigamos maximizar nada.³⁰ No decidimos ir al centro comercial Colcata porque sea el más próximo a nuestro domicilio, ni porque en él los precios sean más bajos que en cualquier otro establecimiento comercial, ni porque tenga la mayor abundancia o variedad de mercancías, ni porque sea el más atractivo estéticamente, ni siquiera porque combine mejor de todas esas cualidades. Si es arbitrario optar por una opción que no sea la óptima, casi todas nuestras decisiones son arbitrarias.

La segunda dificultad es que en general los cálculos que habría que efectuar para saber si una opción es óptima exceden nuestras posibilidades prácticas, y puede que a menudo sean incluso irrealizables. Tan es así que ir en pos de lo óptimo a menudo resulta una pretensión irracional, porque nos hace demorar excesivamente la decisión para, al final, tomar una sólo marginalmente mejor que la que se nos había ocurrido inicialmente.

La tercera dificultad es que nada garantiza que las diversas cualidades que buscamos en las cosas sean conmensurables, o sea: que haya un solo modo racional de proyectar su multiplicidad en un orden lineal. Unas veces sí, otras no. Y a menudo la manera en que, de hecho, proyectamos un espacio multidimensional en una línea es sólo una opción entre otras muchas. Unos bienes son más duraderos; otros procuran un placer más intenso; otros empiezan a disfrutarse antes; otros causan una satisfacción más profunda (aunque sea menos intensa). Podemos ponderar esas diversas ventajas, pero podemos hacerlo de modos dispares. Si hubiera que esperar para haber hallado la combinación óptima, estaríamos siempre como el asno de Buridán.

Si, por consiguiente, ese principio de optimalidad nos conduce a tales paradojas, es que es erróneo. El error estriba en creer que la racionalidad de una decisión es la justificabilidad de una opción. Decidir no es forzosamente escoger. Veíamos en el §4 que, efectivamente, muchas decisiones son opciones, en las cuales escogemos hacer esto en vez de lo otro. Pero la mayoría de nuestras decisiones no son opciones. Y, cuando lo son, son elecciones entre un número limitado de alternativas que de hecho se ofrecen al decisor.

³⁰. Los maximalistas ajustan su teoría aduciendo que siempre buscamos la combinación de varias metas que nos resulte óptima, el punto de equilibrio mejor entre la parcial realización de las mismas. Es la teoría de las curvas de indiferencia desarrollada por los economistas. Lo malo para esa bonita teoría es que es totalmente inoperante por varias razones. Es una reconstrucción o racionalización artificial sin base psicológica. Sobre todo, nada garantiza que exista ese punto de inflexión único. Generalmente hay varias combinaciones que nos son indiscernibles a efectos prácticos en cuanto al monto de satisfacción que nos producirían.

Un alumno que termina su bachillerato y decide iniciar sus estudios universitarios se decanta por la licenciatura en Derecho en la Universidad de la ciudad donde vive. ¿Por qué? La racionalidad de su decisión estriba en que tiene buenos motivos para llegar a esa conclusión. Podemos interrogar esos motivos. Un individuo más racional seguramente somete a escrutinio algunos de sus motivos y trata de justificarlos en motivos de nivel superior, o de revisarlos. Mas en cada caso, ese proceso tiene que tener un fin, por razones de urgencia. Nuestra racionalidad es parcial.

No se trata, para nuestro alumno, de barajar todas las alternativas posibles o imaginables, sino unas cuantas que se ofrecen contingentemente a su consideración y que han suscitado su interés. (Igual que nadie despliega un mapa mundi para elegir un punto de destino, ya sea para viajar ya sea para irse a vivir.)

Lo que determina la racionalidad de una decisión es que se alcance por una regla de inferencia razonable a partir de una premisa razonable; que sea un buen medio para llegar a un fin que uno persigue. Si hay contradicción entre los diversos fines que uno persigue (como siempre sucede), será arbitrario desatender a los fines prioritarios. Dentro de eso, caben muchas opciones razonables aunque ninguna sea la óptima.

Desdeñemos esa pretensión de escoger forzosamente lo mejor y contentémonos con decisiones que sean suficientemente buenas (o sea tales que hay adecuadas razones para tomar la decisión y no hay razones decisivas para no adoptarla). Entonces se disipa una parte de la fascinación de las soluciones radicales, de las innovaciones súbitas que vengan a instaurar una justicia perfecta.

Además, cualquier cambio ha de ser el cambio de la sociedad en que vivimos. A eso no hay alternativa. Uno puede creer que busca la destrucción de esa sociedad para edificar sobre sus escombros otra nueva y mejor. Es pura fantasía. La sociedad estriba en sus miembros agrupados. Los vínculos de agrupación pueden modificarse sólo modificando a los propios miembros. Y modificar a los miembros de la sociedad significa cambiar su mentalidad y sus hábitos. La sucesión de las generaciones puede ser uno de los elementos en esa modificación.³¹ Pero todo eso lleva tiempo: años o siglos, tal vez milenios.

Igual que en cualquier otro orden, partimos siempre de algo, no de nada. Partimos de lo que hay. Se trata de tomar eso que hay y de mejorarlo, en la medida y del modo que se preste esa misma materia (lo cual vamos aprendiendo por experiencia, por ensayo y error). De ahí lo insoslayable de los cambios paulatinos, dosificados, graduados, adaptados, que nos permitan avanzar y mejorar sin destruir.

Volviendo a la propiedad privada que discutíamos en el apartado anterior, deducimos de los párrafos que preceden esta conclusión: partimos de una sociedad en la que existe propiedad privada (aunque ya sabemos que sujeta jurídicamente a una función social). Se trata de hacer evolucionar esa sociedad, paso a paso, hacia una en la que, manténgase o no la propiedad privada, ésta, de persistir, tendrá un lugar honorífico o marginal, porque no impedirá un reparto de la renta disponible global según las necesidades de cada individuo. Nuestra tarea no es la de diseñar en abstracto una propuesta doctrinal haciendo tabla rasa del material social y humano que nos presenta la realidad, sino elaborar planes adaptados a esa realidad para irla

³¹. Recordemos lo que, tan exageradamente (como es habitual en él), señalaba Thomas Kuhn en *The Structure of Scientific Revolutions* (3ª ed., Chicago: Chicago U. P., 1996, p. 151 —citando a Max Plank—: «a new scientific truth does not triumph by convincing its opponents and making them see the light, but rather because its opponents die, and a new generation grows up that is familiar with it.»

acercando al ideal de justicia, siempre en un sensato equilibrio entre ese ideal o valor y otros valores socialmente aceptados, como la prosperidad, la concordia y la preservación de la herencia cultural.

§13. Si tenemos derecho a algo, algo nos tienen que dar

Nuestra lógica jurídica conecta lo normativo con lo fáctico. Se distancia de las lógicas deónticas que nunca permiten deducir hechos de normas ni viceversa. Nuestro enfoque filosófico subyacente implica el rechazo del principio de Hume (y de Moore) de que lo valorativo y lo fáctico son independientes entre sí.

Una de esas conexiones lógicas entre hechos y normas es la tesis de que, si tenemos derecho a algo (algo así o asá, de tal o cual índole), entonces hay algo que nos tienen que dar. Llamemos a esa tesis ‘el principio de las existencias’. Lo que dice esa tesis es que nuestros derechos están limitados por las existencias —sean éstas existencias efectivas ya actualizadas, sean existencias prácticamente posibles.

La prueba del principio de las existencias no es directa. No se trata de aplicar una supuesta regla que, de la premisa «Es lícito que haya algo así o asá» extrae la conclusión «Hay algo que lícitamente es así o asá». Tal regla sería una pura falacia cuantificacional. En realidad, las lógicas deónticas estándar que se han acercado tímidamente a habérselas con cuantificadores han tendido a incurrir en esa falacia —lo que podríamos llamar ‘principio de Barcan deóntico’.

Dada la analogía entre un cuantificador existencial y una disyunción, podemos comprender el error subyacente al principio de Barcan deóntico si reparamos en la razón por la cual es erróneo el principio deóntico (también propio de las lógicas estándar o escandinavas) de distribución de la disyunción: «Si es lícito A-o-B, entonces o bien es lícito A, o bien es lícito B». Eso equivale, por definición y contraposición, a esto otro: «Si es obligatorio A y lo es B, entonces es obligatorio A-y-B». Mas supongamos que A es obligatorio; y que, en virtud de otra norma, lo es B; pero que la conjunción A-y-B es absolutamente imposible, por haber una incompatibilidad total entre A y B. En ese caso el ordenamiento jurídico ya nos pone en un aprieto al someternos a dos obligaciones mutuamente contradictorias, pero de ahí no tiene que deducirse que nos condene a la obligación de realizar un absurdo, un imposible total.

Puede ser lícito A-o-B sin ser incondicionalmente lícito A ni ser incondicionalmente lícito B. Luego no vale la regla de distribución deóntica para la disyunción. Ni vale el principio de Barcan deóntico. Aunque Lucas tenga derecho a algo así o asá, puede que no exista nada en concreto así o asá a lo cual tenga derecho Lucas.

No, no es por ahí. Es por otro camino un poco más complicado. Si Lucas tiene derecho a una casa, entonces —por la ley de no-vulneración— está prohibido impedirle que tenga una. Se impide que tenga una en la medida en que no hay ninguna a la que se le conceda acceder. Luego eso estará prohibido. Si está prohibido que no haya ninguna casa a la que se conceda acceder a Lucas, es obligatorio que haya una casa a la que se le conceda acceder. Y aquí sí interviene una ley de permuta cuantificacional (muy diferente del principio de Barcan deóntico), a saber: «Si tiene que haber algo así o asá, hay algo que tiene que ser así o asá», que no es sino una generalización de la ley de co-licitud (pues es equivalente a esto: «Si a todos es lícito ser así, es lícito que todos sean así»).

Ahora sí tenemos lo que buscábamos: hemos concluido que hay algo que debe ser una casa a la que se conceda a Lucas acceder. ¿Qué es ese algo? No es forzosamente una casa que

exista ya. Es una casa que existe ya o que se puede edificar. Y esa edificabilidad tiene que ser una posibilidad concreta, una factibilidad práctica, no una mera posibilidad metafísica.³²

Generalizando el procedimiento deductivo, llegamos a esta conclusión: para que sea verdad que tenemos derechos de bienestar, tiene que darse la posibilidad concreta y práctica de que haya recursos para satisfacer esas necesidades. Si no, no hay tales derechos positivos de bienestar, sino, a lo sumo, meros *desiderata*.

Por eso decíamos que quien está comprometido a favor de la existencia de los derechos humanos hoy, incluidos los de bienestar, tiene que rechazar las tesis neo-maltusianas y antiprogresistas. Hay varias razones para descartar esas profecías apocalípticas (más divorciadas de la realidad que lo estaban las ensoñaciones de un mañana radiante). Pero una razón más es la verdad de los derechos humanos.

§14. Consideraciones finales

Cualquier elenco de derechos humanos, negativos o positivos, tiene una validez limitada. En teoría basta invocar —para deducir los derechos positivos— el principio del bien común (en su doble vertiente de derecho de participación —según las necesidades— y deber de aportación —según las capacidades—). En la práctica, hay que concretar más, pues siempre será debatible —y frecuentemente inseguro— qué se siga de una premisa.

Los legisladores no rehuyen la redundancia, y llevan razón. No causa ningún mal dictar una norma que, por lógica jurídica, se sigue de otra norma también vigente (aunque pueda irritar el sentimiento estético de algunos doctrinarios); mientras que esa deducción lógico-jurídica rara vez será unánimemente aceptada.

Por eso las constituciones de los siglos XIX y XX han tendido, cada vez más, a recoger una lista detallada de derechos, que en nuestros días siempre abarca derechos positivos fundamentales de los que se enuncian en la Declaración Universal de 1948 y en los Pactos Internacionales de 1966.

Hay que señalar que tales listas varían. No se suele enumerar, p.ej., el derecho a la comida (ni menos aún al agua); tampoco el derecho al aire (salvo cuando hay una alusión al medio ambiente sano). Quizá se subsumen en el derecho a la vida (art. 15 de la Constitución española) —el cual, sin embargo, suele entenderse como un derecho negativo. Ni es corriente mencionar el derecho al atuendo.³³

En realidad cualquier lista será incompleta. Las enumeraciones se hacen con finalidades pragmáticas. El legislador se suele abstener de decir lo obvio.

Si adoptamos un tratamiento estrictamente positivista, no habrá más derechos que los explícitamente mencionados por el legislador; lo cual suscita una perplejidad con relación a esos derechos positivos silenciados: comida, agua, aire, ropa, limpieza —para no hablar ya del placer, la felicidad, el confort.

³². V. mi artículo «Grados de posibilidad metafísica», *Revista de filosofía*, vol VI, Nº 9 (Madrid: Editorial Complutense, 1993), págs 15-57.

³³. Éste podría, tal vez, cobijarse bajo el derecho a la dignidad —art. 10 CE— o al libre desarrollo de la personalidad —*ibidem*—, o a la salud —art. 43.

En cambio, desde una óptica principialista, hay que desentrañar los principios subyacentes, como —según nuestra propuesta— el principio del bien común (de aportación y de participación). Brindamos ese principio *de lege ferenda*, sin excluir, empero, una cierta proyección *de lege lata*, ya que las leyes —incluyendo las constituciones— han de interpretarse según la realidad social del tiempo en que han de aplicarse; con lo cual, si nuestra propuesta prospera, concitando la adhesión del público, cabría avanzar el principio del bien común como pauta exegética para la lectura de las constituciones vigentes —colmando así las lagunas que se constaten en lo referente a determinados derechos (p.ej. los recién mencionados).

Para terminar, notemos que nuestro estudio se refiere a los derechos de bienestar, o derechos positivos, como aquellos cuyo contenido es una cuantificación existencial y cuyas implicaciones jurídicas más típicas son deberes ajenos de dar o hacer. Aunque los que hemos considerado en este artículo son subsumibles bajo la rúbrica de «derechos económico-sociales y culturales», es preferible descartar esa catalogación.³⁴

El grupo de los derechos positivos o de bienestar se diferencia del de los derechos negativos o de libertad, que son aquellos en los que el contenido del derecho no se formula con una cuantificación existencial (sin que sea menester que se enuncie en una cuantificación universal). Los derechos de libertad son derechos en los que el individuo está facultado para la acción y para la inacción, para ejercitarlos y para no ejercitarlos; típicamente implican obligaciones ajenas de abstención (aunque no exclusivamente —p.ej. requieren protección policial, judicial y penitenciaria).³⁵

Clasificar los derechos de bienestar como derechos económico-sociales y culturales no sólo conduce a devaluarlos o relativizarlos indebidamente, sino que además responde a un criterio terminológico cuestionable. Hay derechos del ámbito económico-social (huelga, sindicación, negociación colectiva) que son negativos —y hoy día cada vez menos relevantes para la implementación de los derechos de bienestar—, mientras que el derecho a la protección es un derecho positivo (y, por lo tanto, de bienestar). Nuestro estudio nos lleva, pues, a proponer una clasificación de los derechos diversa de las que han inspirado a los legisladores.

Lorenzo Peña

2007-08-05

³⁴. Esa dicotomía de las dos series de derechos está plasmada en la dualidad de los Pactos internacionales de 1966 y en el deslindamiento operado en la Constitución española entre, por una parte, los derechos de la Sección I del capítulo II y, por otra parte, los que se reconocen en la Sección II del mismo capítulo y en el capítulo III —si bien tal deslindamiento no coincide con la demarcación entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económico-sociales, por otro.

³⁵. V. sobre esa dualidad el artículo de Lorenzo Peña Txetxu Ausín «Libertad de vivir», *Isegoría*, Nº 27 (Madrid, 2002), pp. 131-149.